



## Revue européenne des sciences sociales

European Journal of Social Sciences

**XLVI-141 | 2008**

**Processus d'évaluation des sciences sociales :  
acteurs et valeurs**

---

# Logique scientifique et logique institutionnelle dans le discours juridique

Pierre Moor

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/ress/148>

DOI : 10.4000/ress.148

ISSN : 1663-4446

### Éditeur

Librairie Droz

### Édition imprimée

Date de publication : 1 mai 2008

Pagination : 37-62

ISBN : 978-2-600-01220-1

ISSN : 0048-8046

### Référence électronique

Pierre Moor, « Logique scientifique et logique institutionnelle dans le discours juridique », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLVI-141 | 2008, mis en ligne le 01 mai 2011, consulté le 24 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/ress/148> ; DOI : 10.4000/ress.148

---

Pierre MOOR

## LOGIQUE SCIENTIFIQUE ET LOGIQUE INSTITUTIONNELLE DANS LE DISCOURS JURIDIQUE

### 1. INTRODUCTION

**1.1.** Au cours des discussions préparatoires de ce colloque, Pierre Livet a interpellé, comme on dit, la discipline juridique : le juge<sup>1</sup> ne pratique-t-il pas couramment l'« évaluation », lorsqu'il apprécie les indices fournis comme suffisants pour fournir la preuve d'un fait ? lorsqu'il confronte un comportement à une norme ? et, quand il contrôle le jugement de la première instance, le juge de deuxième instance n'évalue-t-il pas l'acte qu'il contrôle par rapport aux normes juridiques appliquées ?

En ce qui me concerne, je préciserai le thème en le restreignant : qu'est-ce qui est ajouté à la problématique par l'adjonction de la qualification « juridique » à la notion de « norme » ? Et je me permets ce resserrement en relation avec les difficultés dont Pierre Livet dit qu'on les pense propres aux sciences humaines.

Rappelons-les. La première est – pour reprendre ses termes – « le manque de consensus proprement théorique sur l'importance et la validité des résultats d'une recherche ». Mon idée, concernant le droit, est qu'il y a un consensus sur la consistance du corpus normatif à disposition, mais qu'il n'y en a point sur les méthodes avec lesquelles le droit travaille sur ce corpus et, même, qu'il ne saurait y en avoir étant donné précisément la fonction sociale du droit.

La deuxième difficulté « est le soupçon que les sciences sociales décrivent et interprètent, mais ne possèdent pas de théorie de leur pratique, de méthode assurée de mise en œuvre de leurs instruments conceptuels les rendant susceptibles de prévoir l'évolution de la société et de la modifier dans le sens souhaité ». Mon idée est qu'il peut y avoir une théorie de la pratique, mais à la condition apparemment paradoxale d'intégrer les incertitudes liées à l'absence de méthodologie assurée et, par conséquent, d'assumer – au moins – une certaine dose d'imprévisibilité.

La troisième difficulté « est le soupçon que les différents courants en sciences sociales sont eux-mêmes portés en sous-main par des idéologies et des valeurs, et qu'il faut disposer d'outils de comparaison voire de mesure qui soient indépendants de ces prises de position ». Mon idée, concernant le droit, est que la régulation de conflits relationnels au moyen de règles présuppose nécessairement – au moins – une certaine image, ou modèle de la société, dont il est impossible d'évacuer idéologies et valeurs.

---

<sup>1</sup> Dans ce texte, nous nommons, par synecdoque, « juge » toute autorité compétente pour appliquer le droit : donc aussi l'autorité administrative, ou un arbitre.

Ces trois idées ont un fondement commun, qui est une certaine théorie du droit. Il est impossible d'en rendre compte sans se référer à cette théorie dans son ensemble. Si donc je veux les présenter, pour montrer les spécificités juridiques de la problématique de l'évaluation, je ne peux le faire sans exposer en même temps le soubassement théorique.

**1.2.** Il en va de même d'ailleurs si je poursuis ma lecture du texte introductif de Pierre Livet – lorsque celui-ci aborde les voies possibles pour se sortir de ces trois difficultés.

La manière dont le droit conceptualise les notions d'«intérêts» et de «valeurs», de même que leur commensurabilité, ne peut se dire en dehors d'une théorie générale de l'application du droit, dans la mesure où seule l'application va définir le poids réel des intérêts et des valeurs mis en balance.

Et, pour continuer ma lecture, si le droit est bien une «science», il conduit lui aussi à un certain «désenchantement» de la société, dans la mesure où des valeurs (au premier rang celle de la justice) sont sacrifiées en étant transmutes<sup>2</sup> en notions juridiques, dans la mesure aussi où, de la globalité de ce qui constitue tout phénomène social, toute relation sociale, seuls sont retenus certains éléments, jugés exclusivement pertinents dans la production de la règle. Le choix de ces éléments résulte nécessairement d'une «guerre des motivations». Ici aussi, une théorie générale du droit s'avère indispensable.

Enfin, Pierre Livet conclut son texte en évoquant la possibilité «d'une évaluation qui mettrait en évidence les valeurs implicites communes à des interprétations d'abord opposées [et] qui rendrait manifestes des valeurs en sacrifiant non pas tant les intérêts que les conflits entre intérêts». Il est vrai que, d'une certaine manière, le droit réalise cette ambition. Mais il le fait en travaillant à plusieurs niveaux. Car la communauté de valeurs et d'intérêts qu'il forme et compose se situe, en tant que communauté, à un autre niveau et porte sur d'autres valeurs et intérêts que ceux qui sont en jeu dans l'application des normes d'«évaluation». Cet autre niveau, c'est le système juridique dans son entier, à l'intérieur duquel se situent les jeux complexes de conflits et de sacrifices d'intérêts et de valeurs. Ici aussi, seule une théorie générale du droit permettrait de le montrer.

**1.3.** En quelque sorte, ces quelques mots introductifs sont déjà la conclusion de mon exposé: je pourrais m'arrêter là. Il me resterait juste à ajouter deux points.

Le premier: cette théorie du droit serait incomplète si elle ne montrait pas qu'elle n'est pas seulement une théorie du droit, mais aussi une théorie de la politique en tant que structurant les rapports complexes entre contrainte et liberté sociales et individuelles.

Le second: je ne prétends nullement que ces différentes thèses peuvent être extrapolées aux sciences sociales dans leur ensemble, au motif par exemple qu'elles tirent toutes plus ou moins leur origine historique de la discipline juridique; mais je ne prétends pas non plus qu'elles ne le pourraient pas, au motif par exemple que, étant normative, la discipline juridique est essentiellement différente.

---

<sup>2</sup> Cette transmutation constitue immédiatement un «réenchantement», la sélection «valorisant» les éléments retenus par la transmutation en notions juridiques.

Ainsi arrivé au terme de cette introduction conclusive, je suis embarrassé pour continuer. La seule solution, pour en rester à une durée qui correspond modestement à la position – je viens de le dire: ambiguë – occupée par le droit, est de choisir quelques points que je pense illustratifs. D’abord un peu de théorie générale du droit – une esquisse –, ensuite certains points relatifs à l’application.

## 2. ÉPISTÉMIQUE ET INSTITUTIONNEL : LES MODES D’IMPÉRATIVITÉS JURIDIQUES

### 2.1. L’impérativité épistémique

**2.1.1.** Le droit est bien une science – du moins « humaine » – si on entend par science la prétention d’une recherche de la vérité d’un discours relatif à un objet déterminé. Certes, les Romains ne le prétendaient pas, puisqu’ils disaient que « ius est ars aequi et boni » – bien que le terme d’« ars » ne puisse pas se traduire par « art », il est encore moins équivalent de « science ». « Rechtswissenschaft », « science du droit », dit-on en Allemagne: il y a, on le sait, dans ce terme-ci, une part de contingence, due à la volonté de certains juristes, au début du XIX<sup>e</sup> siècle, de maintenir les facultés de droit dans l’université humboldtienne. Mais leurs efforts ont tendu, soutenus par cette volonté, à affirmer le droit comme un système ordonné de concepts spécifiques dont les articulations et les combinaisons peuvent donner lieu à un discours rationnel, accessible à des procédures de vérification. En d’autres mots, une épistémologie scientifique (il est vrai dans l’acception la plus large de cet adjectif) est concevable en relation avec un objet propre – les normes juridiques. L’argumentation juridique revendiquait ainsi – et revendique encore – un statut de science, en se soumettant à des règles d’impérativité de l’ordre de la *logique*: impérativité épistémique – l’adjectif renvoyant à l’existence d’un savoir (plus ou moins) objectivé, par rapport auquel la pertinence, voire l’exactitude de l’argumentation peut être vérifiée.

Cependant, si ce statut a été affirmé par les juristes allemands du XIX<sup>e</sup> siècle, sa pratique est bien antérieure: les juristes romains en sont restés longtemps les maîtres exemplaires.

Quelles sont les caractéristiques de ce savoir?

L’existence de textes dont la fonction est de servir de bases à l’argumentation: la solution des conflits doit passer par une rationalisation composée des éléments fournis par ces textes.

Textes de diverses natures: généraux/abstraits (des « règles », des « normes ») ou individuels/concrets (la règle élaborée dans des cas d’espèce; les « précédents », la jurisprudence).

Ces textes échappent au pouvoir de celui qui argumente: ils s’imposent à lui dans la formulation que leur auteur leur a donnée.

Pour cela, il faut qu’il y ait un consensus sur l’appartenance d’un texte quelconque au corpus canonique. Cette appartenance est elle-même réglée par des textes appartenant au corpus, et dans cette mesure le droit est autoréférentiel. C’est cette dimension-là qui lui permet, mais dans une certaine mesure seulement, de faire abstraction des conflits de valeurs et d’intérêts.

### 2.1.2. Deux problèmes restent ouverts.

Le premier concerne l'articulation des textes les uns aux autres pour qu'il y ait cohérence à l'intérieur du système épistémique. Si la cohérence n'est pas assurée, des solutions différentes à une même question peuvent être aussi justifiées l'une que l'autre, suivant le texte qui leur sert de base argumentative. C'est un problème systémique.

Le second concerne le passage des textes à leur application : c'est-à-dire leur utilisation comme instrument d'interprétation des situations factuelles qu'ils doivent réguler. C'est là un problème pragmatique : une mise en œuvre « fidèle » au corpus normatif.

## 2.2. L'impérativité institutionnelle

**2.2.1.** Avant (logiquement) d'être une science, le droit est un système social : la mise sur pied de processus de décision dans lesquels des conflits se règlent. Conflits sociaux, aboutissant à la création de règles générales, conflits individuels, arbitrés moyennant l'application de ces règles. Ces règlements s'imposent – force de la loi, force de la chose jugée. Non seulement ils s'imposent – c'est une question de fait, l'effectivité du droit –, mais ils doivent s'imposer – sans quoi le conflit se poursuivrait indéfiniment, et ce qui serait dit à son sujet ne serait qu'une opinion parmi d'autres possibles. Dans son champ, le droit met fin au conflit. S'il n'est pas exclu que celui-ci continue, c'est en marge du droit, en quelque sorte en amont, dans d'autres champs sociaux, et l'enjeu consiste alors, non plus à dire le droit (c'est fait !), mais à le modifier.

Ce qui, en conséquence, caractérise le droit est la dimension définitive de ses discours : ce qui est dit comme droit vaut absolument comme étant le droit. Ce qui le caractérise aussi, est qu'aucun conflit qui lui est soumis ne peut rester sans réponse de droit. Dès lors que l'une des parties à une relation interindividuelle saisit un juge d'une contestation, celui-ci aura à statuer, quand bien même aucune règle ne viserait le conflit ; car dire que le droit n'a rien à dire, c'est aussi dire le droit – en l'espèce que l'autre partie à la relation est en droit de faire ce qui lui est à tort reproché. Il y a donc potentiellement une compétence universelle du droit. Il en découle ce qu'on appellera la contrainte de réponse : quoi que ce soit qu'il y ait à dire, positivement ou négativement, cela doit être dit. Le système juridique inclut donc nécessairement une organisation d'autorités investies de cette compétence – en même temps un pouvoir et une charge. En cela, le droit obéit à une impérativité de l'ordre de la *décision* : impérativité institutionnelle – l'adjectif renvoyant à la légitimité conférée par une institution au pouvoir de décision qui clôt définitivement le processus argumentatif quel que soit le degré de certitude auquel l'argumentation permet d'aboutir.

**2.2.2.** L'impérativité institutionnelle se manifeste par l'institution de compétences : des autorités sont instituées qui ont pour charge de dire le droit (d'émettre des textes juridiques), selon des modalités spécifiques, organisées elles-mêmes par des textes. On distinguera les règles de compétences formelles et matérielles : les premières définissent l'organisation de l'autorité et la procédure qu'elle va suivre, les secondes la matière de ses attributions, y compris les limites de contenu qui s'imposent à elle.

Dans la tradition occidentale, suivant le modèle de la séparation des pouvoirs, il y a deux types de régimes de compétence matérielle. Le premier est celui du législateur<sup>3</sup> : il a une compétence générale – il peut légiférer sur n'importe quel objet – et, dans le contenu qu'il donne à ses actes, il n'est limité par aucun texte (même pas par ceux qu'il a édictés lui-même), sous la seule réserve du droit constitutionnel et du droit international. Cela signifie qu'il n'a pas à argumenter juridiquement (sous ces réserves) pour justifier les règles qu'il adopte. En d'autres mots, l'impérativité épistémique joue un rôle structurellement réduit – mais elle peut être matériellement importante, en fonction de la pertinence des textes constitutionnels ou internationaux applicables.

Le second type est celui de l'autorité d'application. Non seulement elle a un domaine d'attributions limité, mais elle est liée par l'ensemble des textes légaux (lois et règlements); de plus, elle est également liée, plus (dans le droit anglo-saxon) ou moins (dans les droits continentaux), par les actes qu'elle a déjà adoptés ou ceux qu'a adoptés une autorité d'application de rang supérieur (précédents, continuité et unité de la jurisprudence). L'impérativité épistémique est donc au premier plan.

### 2.3. L'impérativité effective

Il existe un troisième mode d'impérativité dont je ne parlerai pas ici autrement que pour donner un aperçu complet de l'impérativité juridique. Mais ce mode sort du champ qui nous intéresse ici.

Ce qui est juridiquement dit par le juge est effectivement reçu par le destinataire du jugement, et cela en sa double qualité de personne juridique<sup>4</sup> – c'est-à-dire comme agent du système juridique – et d'individu (ou d'organisation) – c'est-à-dire comme acteur dans les relations sociales réelles. A ce double titre, il va accomplir, « performé » matériellement, hors du système, le comportement décrit dans le jugement qui le vise.

L'ordre juridique le prévoit, en instituant des enchaînements de décisions et d'actes matériels de contrainte qui lui assurent son effectivité. Ces enchaînements peuvent rester le plus fréquemment virtuels dans la mesure où, plus ou moins parfaitement, plus ou moins complètement, les individus intériorisent au cours de leur développement l'impérativité du système juridique dans son ensemble comme partie intégrante des rapports sociaux : ils se construisent comme titulaires de droits et d'obligations, c'est-à-dire comme des individus ayant qualité de personnes juridiques, donc ayant en cette double qualité une compétence (au sens de la linguistique) à mettre en acte, dans leurs rapports réciproques, un ordre normatif, sous la surveillance éventuelle d'un système d'autorités.

La reconnaissance de l'impérativité effective, qui résulte d'enchaînements de règles, ne s'attache pas directement à chaque norme : elle vise le système juridique en tant que tel, les normes n'étant « impératives » effectivement que dans la

<sup>3</sup> On entend ici le législateur « formel », c'est-à-dire le parlement (y compris le peuple, si celui-ci peut intervenir par la voie du référendum ou de l'initiative). Le législateur dit matériel est l'auteur de toute règle générale et abstraite (loi au sens matériel) et inclut l'autorité (en général le gouvernement) investi de la compétence réglementaire, lequel doit naturellement respecter les textes légaux.

<sup>4</sup> Personne physique ou personne morale.

mesure où elles en participent. Cette impérativité est de l'ordre du *fait* : impérativité effective – l'adjectif renvoyant à la reconnaissance et à l'accomplissement des règles juridiques dans la vie sociale réelle.

## 2.4. Les articulations entre impérativités

**2.4.1.** Les impérativités ont des fonctions différentes, aussi bien à l'intérieur du système que dans ses rapports avec son environnement. Cependant, le point essentiel est préalable : il y a droit lorsque, logiquement, institutionnellement et factuellement, ces trois impérativités sont articulées l'une à l'autre. Dire que le droit consiste en ces articulations paraît être un jugement ontologique et éthique en même temps ; mais, en réalité, c'est dire que l'analyse préalable des modalités de ces articulations permet un jugement éthique sur le contenu du droit. Plus ces articulations sont fortes, plus le droit peut être juste (du moins si les textes normatifs le sont, voir ci-dessous). Plus elles sont faibles, plus grands sont les risques d'injustice. On pourrait le montrer en analysant les droits totalitaires, qui se caractérisent, dans les domaines considérés comme cruciaux, par l'emploi de normes à densité très faible, qui excluent quasiment toute impérativité épistémique.

Un cas pris dans un jugement allemand de 1938<sup>5</sup>. Le défendeur, allemand de pure souche, avait acheté une vache au demandeur, juif ; ce dernier l'assigne en justice pour n'avoir pas payé le prix. Voici un extrait :

« Grâce aux éclaircissements que, depuis tant d'années, la NSDAP a pleinement apportés s'agissant de la question juive, les membres honnêtes de la communauté allemande<sup>6</sup> évitent aujourd'hui tout commerce avec les Juifs. Ils savent qu'un tel commerce contredit les intérêts de la communauté de compatriotes<sup>7</sup>, et que, en concluant un contrat avec un Juif, ils se placent hors de cette communauté. Qui négocie avec un Juif doit donc être tenu pour malhonnête. » Et le juge de conclure que le contrat de vente doit donc être considéré comme nul puisque immoral, ce dont il résulte que le prix n'a pas à être payé.

**2.4.2.** L'impérativité institutionnelle permet d'abord d'intégrer les demandes sociales de régulation juridique. Elle vise essentiellement l'adoption de règles générales permettant de donner une solution aux conflits suivant le mode de l'impérativité épistémique : soumise à ces normes préexistantes, l'autorité d'application devra prendre une décision dont la rationalité lui est dictée. En première analyse (mais il faudra la compléter), la rationalité de la décision n'est pas autre que celle des règles, elle ne va pas plus loin : si « le juge est la bouche de la loi », pour utiliser une fois de plus une métaphore bien commode, la loi est l'intelligence qu'il fait parler.

Comme on l'a vu, l'impérativité épistémique des règles générales elles-mêmes n'est guère assurée. Certes, il y a celle des règles constitutionnelles, dont les textes lient le législateur : mais, on le verra, si elle est importante, elle est

<sup>5</sup> Je prends l'exemple chez Olivier Jouanjan, Justifier l'injustifiable, in : *Astérior*, N° 4, avril 2006, <http://asterion.revues.org/document643.html>.

<sup>6</sup> Nous traduisons ainsi « Volksgenosse », plutôt que par « nationaux » comme le fait Jouanjan.

<sup>7</sup> Même remarque qu'à la note précédente.

limitée par l'indétermination de la plupart des textes constitutionnels. Celle du droit international est très variable. Le mode de l'impérativité institutionnelle l'emporte donc largement : si telle règle juridique existe en tant que telle, c'est que le législateur l'a voulue telle quelle. D'où l'importance des règles de compétence formelle, très particulièrement celle de la publicité des débats parlementaires et, même, plus en amont, des travaux préparatoires menés par l'administration (avis d'experts, consultation de groupes de pression) ; ainsi, l'opinion publique (et la presse, dont la liberté a cette dimension institutionnelle) peut se mêler à la discussion. Le défaut d'impérativité épistémique est pallié par les formes dans lesquelles la volonté créatrice de droit se manifeste.

La demande de régulation juridique se présente sous forme de conflits de valeurs ou d'intérêts suffisamment aigus pour être inscrits dans ce que les politologues appellent l'agenda politique. A ce niveau, il paraît inutile de chercher à distinguer valeur et intérêt en tant que déclencheurs du processus, pas plus d'ailleurs en tant que critères du choix de rationalité du législateur. En effet, celui-ci n'est astreint à aucune obligation de motivation, hormis les cas où s'imposent des références à des textes constitutionnels ou internationaux. S'il y a une discussion de rationalité, elle se fait donc sur la base de critères de référence extrajuridiques, donc dans un monde argumentatif non policé. Il n'y a dans un tel monde – celui du débat politique – pas de pierre de touche qui permette, par exemple, de dégrader une valeur comme simple intérêt, ou au contraire de rehausser un intérêt au rang de valeur. Le monde scientifique est lui-même pris en otage dans cette confusion : la nature « désenchantée » qu'il décrit ne peut entrer dans le débat qu'au prix d'un « réenchantement » dans les termes du conflit ; quelque « objectives » que soient les données scientifiques, elles ne deviennent pertinentes que portées par l'une ou l'autre des valeurs antagonistes. Les discussions sur le réchauffement climatique le démontrent : même s'il y a un accord scientifique sur le phénomène, le débat porte d'un côté sur la responsabilité de l'homme face aux générations futures et au sort général de la planète, de l'autre sur la vraisemblance des progrès technologiques, pour ne pas parler d'un discours négationniste sur l'objectivité des données observées et de leur interprétation ni même enfin de l'affirmation ou de la revendication de satisfactions actuelles qu'on ne veut pas sacrifier.

**2.4.3.** L'impérativité institutionnelle caractérise aussi l'autre extrême du système juridique : celui où le juge règle le conflit qui lui est soumis, dans un jugement qui a la qualité, dans les mots du jargon, d'un acte définitif et exécutoire : il ne peut plus être contesté devant quelque autorité que ce soit. Cette qualité ne lui vient pas de sa conformité au corpus normatif applicable, encore moins, il faut le répéter, de sa justice, mais uniquement de l'ordonnancement des compétences formelles institué dans l'ordre juridique. Il s'agit donc bien d'une impérativité institutionnelle.

Toutefois, elle est articulée sur l'impérativité épistémique. Le jugement doit être matériellement motivé par les références aux règles qui ont dans leur champ d'application le comportement litigieux. La norme individuelle qui fonde le jugement en donnant à ce comportement particulier son sens juridique doit dériver des normes générales de l'ordre juridique et s'y intégrer. D'où l'obligation formelle de motiver : le juge doit expliciter la démarche intellectuelle qui le conduit à



adopter telle norme individuelle plutôt que telle autre, en montrant la cohérence avec l'ordre juridique dans son ensemble. De plus, l'existence de voies de recours ouvre la possibilité institutionnelle de procédures de vérification. Enfin, la publication de la jurisprudence crée un espace critique dans lequel la doctrine examine la pertinence des argumentations judiciaires.

Cette articulation est une forme politique de l'organisation des pouvoirs de régulation à l'intérieur d'une société ; la tradition occidentale l'a nommée Etat de droit. Mais elle peut fort bien exister sans l'instauration d'un régime parlementaire. L'apogée du droit romain, qui a été un modèle d'impérativité épistémique, se situe dans les deux premiers siècles de l'Empire, qui n'ont pas été les plus démocratiques de l'histoire de Rome. Et même dans les Etats anglo-saxons, qui, aujourd'hui, se présentent comme des types – à peu près – parfaits d'Etats de droit, le développement de la rationalité juridique n'a pas eu pour base la législation parlementaire : elle a été l'œuvre d'un pouvoir judiciaire autonome, qui a produit la *common law* en quelque sorte en marge de l'Etat. De même, à Rome, les grands juristes n'étaient pas plus des agents de l'Etat.

Mais il est clair qu'un régime démocratique, organisé selon le modèle de la séparation des pouvoirs, garantit mieux qu'un autre le fonctionnement du système des impérativités : il les articule mais en instituant leur autonomie respective. Il le fait en distinguant la responsabilité de l'adoption des règles de rationalité de celle des opérations de rationalisation concrète. La première est l'œuvre du parlement ou de la tradition, et le juge y est tenu : il n'est pas en son pouvoir de la modifier. La seconde est l'œuvre du juge, sur laquelle le parlement n'a aucune prise directe : il ne peut annuler un jugement, alors même qu'il le considérerait comme contraire à une règle de rationalité qu'il a émise.

L'articulation assure finalement le fonctionnement de l'impérativité effective. Qu'un justiciable reconnaisse ou non la justice d'un jugement, devient une affaire personnelle, dans laquelle le juge n'est en effet pas impliqué en tant que personne. En effet, son acte est légitimé en soi – et non par son contenu particulier –, par la double référence à des pouvoirs institutionnels et à des normes matérielles, lesquels sont posés, les uns comme les autres, par des règles de rationalité qu'il ne fait que concrétiser dans le cas particulier.

**2.4.4.** L'articulation présuppose un consensus sur le corpus normatif. Il doit être exclu que le statut d'appartenance d'une règle à l'ordre juridique soit douteux, sans quoi les processus de motivation et de vérification seraient eux-mêmes douteux. L'impérativité épistémique exige un accord – antérieur à tout conflit – sur les textes qui doivent servir à établir la rationalité de la solution qui lui sera donnée. Cette rationalité serait autrement à la merci de celui qui doit la prouver.

Mais ce consensus doit lui aussi obéir à la même condition. Cela signifie qu'il y a des règles d'appartenance antérieures à tout conflit qui porterait sur l'appartenance au corpus d'une règle déterminée<sup>8</sup>. Le droit détermine lui-même ce qui est du droit : en ce sens, le système juridique, définissant lui-même sa propre identité, est – comme tout système – autoréférentiel. Si donc la qualité d'une règle d'être

<sup>8</sup> Règles secondaires au sens de H.L.A. Hart.

juridique est contestée, l'ordre juridique met à disposition les normes nécessaires pour trancher la question de manière définitive – pour être tout à fait précis, il faudrait dire juridiquement définitive, c'est-à-dire à l'intérieur du système et du point de vue de ce système.

L'adoption de ces règles d'appartenance peut poser des questions politiques délicates, dont la plus connue est celle du contrôle par le juge de la constitutionnalité des lois. Si, sur ce point, la compétence judiciaire n'est pas reconnue, il ne faut pas en déduire qu'il n'y a pas de règle, mais que la règle consiste en ce que le législateur est en même temps le juge de sa validité au regard de la constitution. L'objection que l'on peut alors soulever – objection qui est de nature politique, non pas juridique – est que l'articulation différenciée entre les deux modes d'impérativité n'est pas assurée.

Certains modes de gestion de l'administration moderne posent aussi des questions d'appartenance: ainsi de documents administratifs tels que circulaires, directives, recommandations, plans, etc. La doctrine en discute, et la jurisprudence y apporte des solutions dont les nuances s'efforcent de tenir compte en même temps des besoins de la pratique et de la clarté des règles d'appartenance, ce qui n'est pas simple.

**2.4.5.** Nous avons vu que l'impérativité institutionnelle implique une contrainte de réponse: c'est le thème du déni de justice. L'autorité saisie d'un conflit doit le régler en disant le droit à son sujet. Il ne lui est pas possible de le laisser en suspens, à moins que les parties n'y consentent ou que les nécessités de l'instruction l'y obligent – mais alors, la suspension est justifiée par un motif qui, tout en faisant provisoirement obstacle à l'avancement de la procédure, va néanmoins conduire à son terme (les parties sont en train de négocier pour conclure une transaction, une expertise qui va éclaircir un point de fait, etc.).

La contrainte de réponse place la thématique de l'incertitude du savoir dans un contexte particulier. Sur le plan de l'impérativité épistémologique, il n'est nullement exclu, il est même fréquent que, concernant tel point crucial, le juge soit dans une situation d'incertitude. Il ne sait pas si tel fait s'est produit ou non, malgré tout le soin qu'il porte à prendre les mesures d'instruction adéquates; ou il n'arrive pas à établir de façon univoque le sens d'un texte normatif, les méthodes d'interprétation menant à des résultats divergents. *In dubio abstine*: la maxime sceptique est inapplicable, puisque la contrainte de réponse exclut l'abstention. Il est exclu aussi de rendre un jugement hypothétique, qui créerait une situation instable dont rien ne permet d'être sûr qu'un jour elle prenne fin.

Il faut donc pouvoir tenir pour juridiquement certains des éléments dont la preuve ou la vérité n'est pas apportée de manière indubitable. En d'autres mots, une décision doit être prise, non pas pour savoir ce qui est certain, mais pour choisir ce qui doit dès lors être tenu pour certain. C'est dire qu'on retrouve des moments d'impérativité institutionnelle au cœur même de l'impérativité épistémique. Un développement sur l'établissement des faits au cours d'une procédure permettra de le montrer même en ce qui concerne les histoires soumises au juge (ci-dessous ch. 3).

**2.4.6.** Dernière limite qu'il faut mentionner: celle de la capacité des notions générales que la loi contient, d'absorber la réalité concrète qu'elle vise dans ce

que celle-ci a de déterminant. Du point de vue épistémique, cette limite est la plus importante, et méritera elle aussi un développement spécial (ci-dessous ch. 4).

### 3. LA PROBLÉMATIQUE DE L'ÉTABLISSEMENT DES FAITS

#### 3.1. La situation factuelle et les faits pertinents

Un premier point doit être précisé: lorsqu'un juriste dit «faits», il ne s'agit pas, du moins pas immédiatement, de ce qu'on pourrait appeler la «réalité» et que je nommerai par la suite «situation factuelle». Car, à l'intérieur de l'ensemble (en soi d'ailleurs infini) des événements qui se nouent dans une situation factuelle, seuls sont intéressants ceux dont la norme juridique applicable fait dépendre son application. Il faudrait donc toujours, pour être rigoureux dans l'emploi des termes, parler des «faits pertinents», tels qu'ils sont extraits de la situation factuelle. Cette sélection est une opération complexe, puisqu'elle ne peut être que circulaire: pour savoir quels sont les faits pertinents, il faut préalablement connaître la norme applicable, mais, pour déterminer cette norme, il faut choisir préalablement les «faits» qui y conduisent; cette circularité est cependant propre à toute formulation hypothétique. Je ne m'y arrêterais donc pas. Mais un point doit être souligné – qui, d'ailleurs, n'est pas propre non plus au droit: l'application d'une norme implique nécessairement une séparation entre la situation factuelle et les faits pertinents, dans la mesure où seul ce qui intéresse cette norme doit être retenu.

Les faits prouvés et retenus sont organisés en un récit (la partie dite «considé-rants de fait» du jugement), que j'appelle récit judiciaire, lequel obéit donc une double programmation: d'une part par rapport à la situation factuelle, d'autre part par rapport au schéma normatif de référence.

Cette conclusion conduit à deux observations, liées l'une à l'autre. La première concerne les rapports entre justice et droit. La mesure dans laquelle un jugement peut réaliser la justice dépend entièrement des éléments que la norme déclare pertinents – au contraire d'une justice immédiate qui s'immergerait dans la totalité de la situation factuelle. La justice du droit opère à partir d'une «réalité» (re)construite selon un schéma de rationalité prédéterminé. D'où la seconde observation: dira-t-on que cette «réalité» est dès lors fictive? Non, d'un côté, car les différents éléments qui la composent doivent être véritablement – si possible, nous le verrons – des «extraits» de la situation factuelle. Oui, d'un autre côté, car le schéma de (re)construction, en ne visant pas la totalité de la situation factuelle, en fournit une interprétation dont la provenance est d'un autre monde – un au-delà qui est celui de l'ordre juridique.

Je voudrais esquisser ici quelques points. Si la (re)construction d'une réalité fictive<sup>9</sup> est nécessaire dès lors que l'évaluation d'une situation factuelle prend le détour de textes normatifs, ce détour permet la commensurabilité de l'ensemble

<sup>9</sup> Dans le même sens, Jean-Claude Passeron/Jacques Revel, «Penser par cas – Raisonner à partir de singularités», in : *Penser par cas, Enquête 4*, sous la direction de J.-Cl. Passeron/J. Revel, Editions de l'EHESS, Paris, 2005, p. 25.

des évaluations faites en fonction du schéma offert par ceux-ci : il y a ainsi possibilité d'une vérification de la continuité de la jurisprudence et de la cohérence de la casuistique. Mais l'ensemble repose sur la rationalité du texte normatif et les limites de cette rationalité, c'est-à-dire sur les relations entre les impérativités épistémique et institutionnelle : dans quelle mesure la seconde peut-elle s'appuyer entièrement sur la première ? C'est ce que nous verrons dans la quatrième partie.

Mais voyons d'abord comment se (re)construit la réalité « juridique » des faits.

### 3.2. Les faits et les récits

**3.2.1.** Les « faits » ne se présentent pas évidemment tels quels – sauf dans le casus que l'on pourrait construire d'un juge qui y assisterait au moment où ils se produisent et qui serait saisi après coup de l'affaire qu'ils ont déclenchée<sup>10</sup>. Ils sont rapportés sous forme d'histoires racontées devant le juge. La question des faits est donc essentiellement celle de la crédibilité de ces récits – et nous entendons ce terme au sens le plus large : l'exposé des parties elles-mêmes, les témoignages, des documents (lettres, photographies, enregistrements), les expertises, les inspections locales et autres formes de reconstitution, etc. Ce sont les preuves. Les faits, au sens juridique du terme, n'existent pas avant que la preuve n'en ait été rapportée.

Quelles sont les preuves admissibles ? Qui doit les fournir ? Cela dépend des règles procédurales. Certaines en confèrent la responsabilité au juge, d'autres aux parties. Que se passe-t-il si la preuve échoue ? Le fait est censé être inexistant. Au détriment de qui cette inexistence va-t-elle déployer ses effets ? C'est la question du fardeau de la preuve : en règle générale, au détriment de la partie qui entendait tirer un droit du fait en cause.

Ces principes sont assez simples. Ils conduisent parfois à des conséquences que le législateur estime injustes (par exemple si la preuve est difficile, voire impossible à fournir). Il renverse alors le fardeau de la preuve, en instituant une présomption : le fait est présumé existant, à moins que la preuve contraire soit apportée (il arrive même, mais les exemples sont rarissimes, que cette possibilité soit exclue). En quelque sorte, dans une configuration donnée, la loi substitue alors un récit qu'elle raconte elle-même à celui que d'autres pourraient raconter.

Quelques exemples. En droit suisse<sup>11</sup>, l'existence d'une discrimination sexuelle dans les rapports de travail est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable, qu'il s'agisse de l'attribution des tâches, de l'aménagement des conditions de travail, de la rémunération, etc.

Le droit de la filiation contient de nombreuses présomptions. Voici ce que dit le droit suisse<sup>12</sup>. L'enfant né pendant le mariage est présumé avoir le mari pour père. Il en va de même de celui qui est né moins de trois cents jours après le décès du mari, présomption qui n'existe pas pour le cas du divorce.

Hors mariage, la paternité de celui qui a cohabité avec la mère entre le trois-centième et le cent-quatre-vingtième jour avant la naissance est présumée.

<sup>10</sup> Vraiment un casus : une situation extraordinaire qu'il faut réintégrer dans une règle ordinaire.

<sup>11</sup> Art. 6 de la *loi fédérale sur l'égalité entre hommes et femmes*, du 24 mars 1995.

<sup>12</sup> Art. 255 ss du *Code civil suisse*.

Si deux personnes périssent dans une même catastrophe, que l'ordre des décès soit déterminant (application du droit successoral) mais qu'il soit impossible de l'établir (il n'y a aucun témoin qui ait survécu à la catastrophe), le droit retiendra un récit fictif – ainsi qu'ils sont morts en même temps (solution la plus souvent retenue) ou que le plus âgé est décédé le premier<sup>13</sup>.

Il peut même se trouver des exemples (à vrai dire très rares) où le droit prévoit un récit fictif sciemment contre-factuel.

Un exemple : dans une situation où la naissance d'un droit est subordonnée à la condition qu'un événement survienne, et que le débiteur en empêche la survenance contrairement aux règles de la bonne foi, la condition sera considérée comme réalisée alors même que précisément elle ne l'est pas. On peut aussi considérer comme une fiction la règle selon laquelle un enfant conçu jouit des droits civils – comme s'il était déjà né –, à la condition qu'il naisse vivant<sup>14</sup>.

Un résultat fictionnel peut aussi découler des modes de preuve admis. Ainsi, dans certaines coutumes médiévales, on considérait un fait comme avéré en présence de deux témoignages masculins concordants – trois pour les témoignages féminins. Les parties peuvent aussi prouver un fait en se déclarant d'accord sur son existence – dans certains pays qui ignoraient le divorce par consentement mutuel, les époux avouaient avoir commis un adultère, alors même qu'en fait, aucun d'eux n'en avait commis; et, sauf règle contraire, le juge devait admettre cette « preuve » (dite « par l'aveu »).

**3.2.2.** On voit que la conformité du récit judiciaire des « faits » à la situation factuelle « réelle » est une finalité qui peut être limitée par d'autres considérations. La première d'entre elles est que ce qui n'est pas prouvé ne peut pas rentrer dans l'état de fait du jugement; cela paraît tout à fait évident. Mais il peut se trouver que le résultat soit contre-factuel, non seulement parce qu'il n'existe aucune preuve, mais aussi parce que le défaut de preuve est dû à l'application de règles procédurales (le témoin, par exemple, doit être récusé à cause de ses relations avec l'une des parties) ou à la négligence d'un avocat (omission d'un délai pour la production d'une pièce). Les exemples donnés montrent des considérations inspirées de motifs plus précis. Parmi ceux-ci, la plus importante est la difficulté de la preuve : il est difficile, par exemple, pour une mère, de prouver non seulement qu'elle a eu des relations sexuelles avec celui qu'elle attaque comme étant le père, mais en outre qu'elle n'a pas eu de relations sexuelles avec d'autres hommes. Pour le cas de la fiction, il s'agit d'un cas d'application d'un principe de droit matériel selon lequel nul ne saurait tirer un droit de sa mauvaise foi.

Ce n'est pas tout, ni même le plus important. Très souvent, les faits ainsi établis ne sont que des indices. Non seulement parce qu'ils ne portent pas toujours sur le fait à prouver lui-même, mais sur des faits connexes dont on le « déduit » (le terme est inexact, on le verra), mais aussi parce que, même dans l'hypothèse où la

<sup>13</sup> Le deuxième récit était celui du droit français, avant que celui-ci n'adopte le premier. Les solutions étaient d'ailleurs plus différenciées, selon l'âge des comourants et leur sexe (art. 720 s. anciens du *Code civil* français).

<sup>14</sup> Pour le premier exemple, art. 31 du *Code civil* suisse; pour le second, art. 156 du *Code suisse des obligations*.

preuve porte sur le fait lui-même, se pose la question de la fiabilité de la preuve : car toute preuve n'est finalement qu'un récit, et non la chose même – l'exemple le plus topique est celui d'un témoignage, mais il en va de même d'une expertise.

Un exemple simplissime. Si un détective privé a vu le mari dont l'infidélité est alléguée entrer à plusieurs reprises avec une femme dans un hôtel pour en ressortir une heure plus tard, on peut en conclure qu'il est adultère, en se référant à une généralisation communément admise de ce qui se passe dans ce genre d'événements. Mais il ne s'agit que de l'interprétation d'un indice, et, par conséquent, le mari peut tenter de prouver qu'il a rencontré cette femme dans un tout autre but, ce qui n'est peut-être pas vraisemblable, mais ne peut être exclu. Si la seule preuve que le mari en fournit est le témoignage de cette femme, le juge sera confronté à deux histoires qui donnent du même événement des significations contradictoires : il devra choisir entre ce que l'on peut – seulement – inférer d'un indice et la déclaration d'un témoin direct (si on peut dire) mais intéressé. Et il devra dire pourquoi il retient comme fait ce qui résulte du premier récit plutôt que de l'autre.

La logique employée peut être celle de la déduction – par exemple à partir de l'analyse génétique dans une recherche en paternité<sup>15</sup>. Mais dans beaucoup de cas, la preuve n'apporte que des indices : elle permet d'arriver seulement à une conclusion probable, mais non pas nécessaire, dont on ne peut exclure qu'elle puisse être infirmée par une preuve contraire. La conclusion résultera alors de ce que les logiciens appellent une abduction<sup>16</sup> : à partir d'une constatation dont la signification n'est pas certaine, on passe par une hypothèse interprétative pour pouvoir arriver à une conclusion. Celle-ci sera plus ou moins probable suivant la force de l'hypothèse.

Une hypothèse forte lie tous les éléments disponibles en un ensemble qui a un sens dans sa cohérence globale tout en donnant un sens à chacun d'entre eux, sans qu'aucun élément crucial pour la cohérence d'ensemble ne fasse défaut. Mais rien n'exclut qu'un élément inconnu et non nécessaire pour l'hypothèse retenue eût pu mener à une autre hypothèse, d'une cohérence différente.

C'est ainsi que, dans le cas ci-dessus, l'hypothèse interprétative selon laquelle, si un homme et une femme se rendent dans un hôtel de 5 à 7, c'est pour y entretenir des relations sexuelles, peut être considérée depuis longtemps comme dotée d'un très haut degré de vraisemblance. Si l'observation de départ avait été différente – par exemple l'histoire shakespearienne d'un mouchoir retrouvé –, l'hypothèse à utiliser serait infiniment moins vraisemblable.

Deux autres exemples, en sens contraire, tirés de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse.

Pour condamner X pour trafic de drogue, le juge ne peut se fonder sur le seul témoignage d'un toxicomane, en état de manque, interrogé par le policier qui était chargé de l'enquête et qui, de sa propre initiative, lui a administré des tranquillisants : les circonstances de l'audition doivent faire naître des doutes sérieux sur la fiabilité des déclarations de ce témoin.

<sup>15</sup> Et encore la fiabilité n'est-elle pas absolue.

<sup>16</sup> Sur l'abduction, cf. particulièrement Umberto Eco, *Sémiotique et philosophie du langage*, Paris, PUF, trad. Myriam Bouzahr, 1988, pp. 49 ss.

X, condamné pour avoir vendu du chanvre à deux personnes, lesquelles ont témoigné du fait, recourt en invoquant que les témoignages ne sont pas fiables, parce que non concordants sur certains points (en particulier sur la description qu'ils ont fait de son apparence physique). « Selon le Code de procédure pénale, le juge apprécie librement le résultat de l'administration des preuves sur la base des débats et du dossier. Face à des témoignages divergents, il appartient au juge de se forger une conviction au regard de l'ensemble des éléments qui figurent au dossier. En l'espèce, le jugement attaqué relève que, si les déclarations des témoins divergent sur certains points, elles coïncident sur d'autres, à savoir sur le lieu de la négociation (le magasin A), sur celui de la transaction (le restaurant B) et sur la voiture du recourant (une petite voiture noire). Il a par ailleurs constaté que le recourant connaissait les lieux de la négociation et de la transaction. Les deux témoins ont en outre reconnu le recourant sans hésitation et séparément lors de la confrontation organisée par le juge d'instruction. Enfin, il a été établi que le recourant travaillait effectivement au magasin A le jour de la négociation et que l'un des témoins savait que le recourant avait un associé, ce que seul le recourant pouvait lui apprendre. Au vu de ces différents éléments, il ne paraît pas arbitraire d'avoir retenu que le recourant avait vendu deux kilos de chanvre aux deux témoins, et ce même si le recourant le conteste et si les témoignages de ces derniers ne coïncident pas tout à fait. » La règle interprétative est ici celle de la cohérence du récit, dont les différents éléments prouvés ne tiennent ensemble que moyennant l'hypothèse qu'il y a eu transaction.

Il y a donc reconstruction schématisée d'une situation factuelle au moyen de règles de vraisemblance. Elle se fait au risque de l'erreur – judiciaire. A un certain moment, une décision est prise : celle de s'arrêter aux éléments disponibles, en fonction de la vraisemblance obtenue, pour considérer celle-ci dès lors comme étant le récit véridique et complet de la situation factuelle, et cela de manière juridiquement incontestable<sup>17</sup>.

Autrement dit : l'impérativité institutionnelle se coule dans l'impérativité épistémique pour la relayer au point où celle-ci devient inopérante. Par un autre biais, nous rejoignons ce que nous avons dit au début : l'application du droit repose sur la représentation d'une réalité dont il faut accepter qu'elle puisse être dite fictive. Et cela non seulement parce qu'elle n'est composée que d'extraits de la situation factuelle sélectionnés selon le schéma normatif, mais aussi parce que c'est une interprétation qui lie ces extraits en une histoire cohérente en même temps par rapport à eux et à ce schéma.

## **4. LA PROBLÉMATIQUE DE L'APPLICATION DU DROIT**

### **4.1. L'indétermination des notions légales**

**4.1.1.** L'articulation entre impérativité épistémique et impérativité institutionnelle permet une rationalité de l'exercice du pouvoir. Celle-ci est conçue pour être

---

<sup>17</sup> Il existe des procédures qui permettent cependant de revenir sur la décision : ce qu'on appelle la révision.



*a priori* : elle peut échapper ainsi dans sa consistance à la volonté de décision, à laquelle elle doit donc être préalable. *Rex legibus non solutus* : c'est l'inverse de cette autre formule emblématique : *il plaît au Roi*. Objectivées, les règles sont supérieures et antérieures au pouvoir afin d'en éliminer le risque de subjectivité irrationnelle. Elles constituent dès lors le fondement d'une rationalité de prévisibilité, d'ordre épistémique, absorbant la légitimation d'ordre institutionnel.

Il faut rappeler à ce sujet que la thématique de la loi générale et abstraite comme fondement du pouvoir étatique peut être datée : son élaboration a commencé avec la pensée politique de l'histoire moderne<sup>18</sup>. Elle est concomitante avec celle du concept de loi scientifique et le développement d'une épistémologie nomologique<sup>19</sup>. Et c'est sur ce modèle qu'elle a tendu à l'analyse des conditions d'organisation rationnelle de l'Etat et de la société – pour cette dernière, les lois économiques, mais pas seulement<sup>20</sup>. La question est de savoir comment peut fonctionner la légalité en tant que rationalité du concret de la décision au moyen de celle de l'abstrait de la règle.

Cette question est, épistémologiquement, banale, et les réponses assez connues. Sur le terrain du droit, cependant, la problématique se présente de manière spécifique.

Premièrement, parce que le droit est en même temps science et institution. L'institution doit prendre une décision – c'est la contrainte de réponse ; elle ne peut se réfugier derrière l'incertitude épistémique où elle estimerait se trouver pour attendre. Nous l'avons déjà vu. La décision doit créer une situation stable, donc une certitude.

Deuxièmement, parce que la règle ne peut pas être reformulée par celui qui l'applique en fonction des résultats d'une expérimentation concrète nouvelle, sauf dans des cas exceptionnels, qu'on désigne du terme générique de « clauses générales »<sup>21</sup> – dont je dirai quelques mots plus bas – dont le propre, d'ailleurs, est qu'elles laissent la règle telle quelle.

Troisièmement, parce que les schémas de rationalité des règles ne peuvent pas se limiter à des instruments dictés par un modèle de rationalité. Ils doivent en effet pouvoir « s'appliquer » à toutes les dimensions du monde réel – du monde des hommes et des choses –, et non pas seulement à celles qui sont accessibles par des instruments préalablement définis.

**4.1.2.** La norme, dans sa forme de texte, fournit les critères d'évaluation de la conformité au droit d'un comportement individuel. Elle présente un schéma décrivant une réalité typifiée par des notions générales. La question du fonctionnement

<sup>18</sup> Le droit anglo-saxon a échappé à l'empire de la loi, sans doute du fait de l'autonomie institutionnelle du pouvoir judiciaire, qui lui a permis de conserver son pouvoir normatif par la maîtrise qu'il a sur le développement de la *common law*. Mais la prévisibilité y est assurée par le régime des précédents.

<sup>19</sup> Voir Carlo Ginzburg, *Mythes, emblèmes, traces – Morphologie et histoire*, trad. M. Aymard et al., Paris, 1989 ; Pierre Moor, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, 2005, pp. 174 ss. Dans le même sens, Jean-Claude Passeron/Jacques Revel, *op. cit.*, pp. 10 ss, 27 s.

<sup>20</sup> L'intérêt porté par le siècle des Lumières aux mœurs des sociétés proches de l'état de « nature » est aussi celui à la découverte de règles de fonctionnement social « naturelles ».

<sup>21</sup> Voir un cas, n. 24.



de la rationalité par légalité peut ainsi être précisée : comment procéder à l'évaluation concrète, étant donné d'une part les spécificités auxquelles le droit est soumis dans sa fonction politico-sociale de régulation des conflits, et d'autre part les possibilités de rationalisation données par les notions générales ?

Il est impossible de donner une réponse simple à cette question : car toute réponse dépend de la définition de ce qui, dans la réalité, intéresse l'application de la règle pour atteindre son but – ou, si l'on préfère éviter l'approche téléologique, pour donner sens à cette réalité.

A un extrême, il s'agira de diviser le monde visé en deux parties en éliminant toute situation équivoque : ainsi, pour définir le corps électoral dans un territoire donné, on recourt aujourd'hui à deux critères – l'âge et la nationalité – dont l'impérativité échappe à tout arbitraire décisionnel ; on peut imaginer ce qu'il en serait si on avait pris le critère de l'intelligence<sup>22</sup>. A l'autre extrême, il s'agira de prendre en compte le mieux possible les singularités du cas concret : ainsi dans le pouvoir de nomination des fonctionnaires<sup>23</sup>. A cet extrême se situent aussi les quelques clauses générales, qui permettent de ne pas appliquer la règle en raison de circonstances particulières exceptionnelles<sup>24</sup>.

Les situations intermédiaires sont les plus fréquentes : la notion générale donne une ligne directrice dont la signification concrète ne peut être précisée que par rapport à la configuration particulière des faits. Ce sont les notions dites indéterminées.

## 4.2. Un casus

**4.2.1.** Les juristes aiment raisonner par cas : il leur paraît que c'est la seule manière de comprendre véritablement le sens et la portée d'une donnée abstraite. On dit plus précisément casus – réminiscence des origines romaines de notre compréhension du droit : un cas non pas réel, mais, quoique inspiré de cas réels, imaginaire et imaginé pour des besoins évaluatifs (épreuve d'examen) ou démonstratifs (pour montrer l'adéquation d'une solution) ou enfin didactiques (pour montrer comment plusieurs règles ou principes jouent ensemble et exercent l'art de trouver la norme applicable).

Imaginons donc un accident. En visite avec ses parents chez Eugène Martin, pharmacien, dans son appartement et non pas dans son officine, le jeune André, âgé de six ans, se promène dans le salon, pendant que son père et sa mère devisent avec leur hôte au jardin. André aperçoit une bouteille posée sur une étagère ouverte, mais hors de sa portée, et qui contient un liquide d'une jolie couleur bleue ; le pharmacien avait mis là ce médicament à usage externe, en rentrant de

<sup>22</sup> D'une certaine manière, le système du cens électoral voulait constituer un critère « objectif » d'« intelligence » !

<sup>23</sup> On peut évoquer ici le débat idéologique autour du système des quotas : certain(e)s considèrent, non sans raison, qu'être nommé en fonction d'un critère univoque, le sexe – ce qui nous ramène à l'autre extrême –, dévalorise la personne nommée.

<sup>24</sup> Un exemple : la prohibition de l'abus de droit, une clause générale qui permet au juge de régler une situation que la règle (« toute veuve a droit à une rente, calculée selon les critères a, b et c ») n'avait pas imaginée, et un cas : en vertu de cette théorie, le juge a décidé de ne pas accorder de rente de veuve à l'épouse qui avait assassiné son mari.

son officine, avant de l'apporter à un client. L'enfant prend un tabouret, attrape la bouteille, l'ouvre et boit une partie du liquide. Il est immédiatement saisi de violentes douleurs stomacales. Alertés par ses cris, ses parents le mènent immédiatement à l'hôpital. Un traitement adéquat le rétablit, mais des séquelles graves vont subsister. Action en justice, pour obtenir réparation du préjudice, contre le pharmacien.

L'issue donnée au cas sera formulée sous forme d'une proposition munie des déictiques permettant l'individualisation de cette solution, replacée ainsi dans l'histoire des protagonistes. C'est le dispositif du jugement : « Eugène Martin doit à André Dupont, représenté par ses parents François et Catherine Dupont, la somme de 100'000 francs, à la date du 30 septembre 2006, à un taux d'intérêt de 5% » (en supposant que l'action est admise).

Cette solution découlera d'une norme individuelle qui explique pourquoi Eugène Martin est débiteur : par exemple, « commet un acte illicite par négligence la personne détentrice d'une substance qu'il sait toxique et qui omet de la placer en un lieu inaccessible à un enfant » – norme dont la formulation est adéictique. Elle coïncidera avec le récit de la situation factuelle, mais sans aucun des déictiques qui fait d'un récit une narration historique. Elle est cependant individuelle, non pas dans sa forme, mais dans sa fonction : elle a été élaborée par le juge pour résoudre ce cas d'espèce. Il l'aura fait à partir d'un texte normatif préexistant et de la jurisprudence rendue en référence à ce texte<sup>25</sup> :

« Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer. »<sup>26</sup>

**4.2.2.** Ne disons qu'une chose au sujet de la question du passage de la norme générale à la norme individuelle : on voit que la seconde a été élaborée en rapport avec les singularités de l'histoire (substance toxique, enfant, endroit inaccessible). Toutefois, le casus est loin d'être résolu : qu'est-ce qu'un « endroit inaccessible à un enfant » ?

Le juge considérera qu'une personne qui connaît la toxicité d'un produit (un pharmacien) doit prendre les précautions nécessaires pour qu'un tiers non averti ne porte pas atteinte à sa santé en l'utilisant sans en connaître le danger. Un appartement (contrairement à une officine) accueille des visiteurs qui n'ont pas à s'attendre à y courir des risques avec les objets se trouvant à leur portée. Il faut par conséquent y faire preuve d'une prudence particulière. S'agissant d'adultes, le maître des lieux peut penser qu'ils se comporteront selon les règles de politesse usuelles. Mais, en présence d'enfants, qui sont touche-à-tout par nature, de tels produits doivent être entreposés dans un endroit qui leur est inaccessible (une étagère ne suffit pas, si un meuble voisin permet d'y parvenir). C'est là une solution possible.

Une autre solution n'apparaît cependant pas comme déraisonnable. Le fait est établi que la visite était inopinée. Le flacon était rangé à part de tout aliment. Celui

<sup>25</sup> Par exemple le cas raconté dans *Pour une théorie micropolitique du droit*, pp. 19/20, suffisamment proche pour pouvoir être considéré comme un précédent : des enfants mettent le feu à une substance toxique qui se trouve dans un bidon abandonné sur un chantier.

<sup>26</sup> Art. 41 du *Code fédéral (suisse) des obligations*.

qui reçoit des visiteurs peut s'attendre à ce qu'ils se comportent avec le respect qui est dû aux choses appartenant à leur hôte et, en particulier, qu'ils aient éduqué correctement leurs enfants ou, au moins, qu'ils les surveillent pour qu'ils ne fassent pas de bêtises. Entreposer un médicament dans un endroit où le risque de confusion avec des aliments n'existe pas et qui n'est pas atteignable sans effort particulier est une précaution suffisante.

Comment choisir entre les deux ? La norme individuelle définitive – celle qui définit « endroit inaccessible » – ne sera pas à la base du choix ; bien au contraire, elle sera le résultat de ce choix.

**4.2.3.** Le juge se trouve dans la situation de l'âne du philosophe Buridan. L'animal est placé à équidistance de deux tas de foin parfaitement identiques : que va-t-il faire ? L'âne théorique ne mangera aucun des deux tas, ne disposant d'aucun critère déterminant pour choisir ; l'âne pratique mangera les deux, poussé par la faim. Ces deux voies sont toutes deux exclues pour le juge : obligé par la contrainte de réponse, il doit choisir. Et il ne peut choisir de retenir les deux solutions, qui sont contradictoires<sup>27</sup>. Il se trouve néanmoins face à deux rationalités *a priori* équivalentes, à un point de sa démarche où, pourrait-on dire, la rationalité se présente comme bifurquée. (On notera qu'il sera sans doute déjà tombé sur de telles bifurcations antérieurement, lors du décodage de la norme générale.)

En d'autres termes : l'impérativité épistémique de la règle (*a priori*) s'arrête ; mais un jugement doit néanmoins être rendu, en choisissant l'une des voies de la bifurcation. A ce moment, il s'agit donc pour le juge de prendre une décision, au bénéfice de sa compétence. L'impérativité institutionnelle prend ici, pour ce moment, le relais. Mais le choix ne saurait être privé d'argumentation : l'exigence de rationalité demeure, mais elle change de direction pour devenir en quelque sorte rétrograde.

Je dis « rétrograde » (malgré les connotations péjoratives de l'adjectif !) parce que le juge retient – le cas échéant provisoirement – une solution possible afin de construire à partir d'elle une argumentation qui rejoigne la dernière formulation de la norme individuelle qu'il aura obtenue. Il construit ainsi une rationalité *a posteriori* dont il vérifie qu'elle adhère au programme normatif élaboré *a priori*.

Pour obtenir cette conjonction, l'argumentation retenue doit inclure tous les éléments du programme normatif et rien qu'eux, et les amener à coïncidence avec les faits pertinents, de telle sorte que l'ensemble forme un tout cohérent, qui a un sens en même temps dans sa globalité, dans ses éléments et dans les relations que ceux-ci entretiennent les uns avec les autres.

Par exemple, à propos d'un arrêt où le juge a considéré comme valable, au motif de la garantie de la liberté religieuse, la dispense de cours de natation pour les jeunes filles musulmanes, la doctrine a critiqué que le programme normatif suivi n'ait pas inclut le principe d'égalité des sexes, qui, à son avis, aurait alors pu mener à une conclusion différente.

Autre exemple, relatif à notre casus. La profession de pharmacien peut être retenue, parce qu'elle peut être mise en relation avec l'étendue du devoir de vigi-

<sup>27</sup> Il pourrait jouer son choix aux dés, comme le juge Bridoie de Rabelais, qui trouvait autant d'opinions favorables à chacune des solutions et estimait dès lors que seul le hasard pouvait trancher.

lance (étant donné la connaissance du danger d'intoxication que, par profession, le pharmacien doit avoir). En revanche, que le pharmacien soit millionnaire et les parents de l'enfant pauvres sont des éléments qui, si empreints de justice sociale qu'ils paraissent, n'entrent pas dans le programme normatif. On voit à cet exemple qu'un fait peut devenir pertinent de par l'élaboration de la norme individuelle.

Le plus souvent, la démarche n'est pas explicitée dans le texte même de l'arrêt qui présente la totalité de l'argumentation. La couture entre les deux parties, si elle est bien faite, ne se voit pas : l'argumentation continue sur une voie sans mettre en évidence l'existence de la seconde. Ou, si elle le fait, elle fait ressortir un argument supplémentaire présent dans l'une des argumentations et non dans l'autre (par exemple la présence des parents ou la profession du pharmacien), alors que les autres circonstances (localisation et environnement de la substance) sont argumentées dans l'une et dans l'autre. Mais la présence de l'argument supplémentaire a le plus souvent une provenance *a posteriori*.

**4.2.4.** Mais la couture est-elle réellement invisible? Je dirai que cela dépend du regard que l'on porte sur le tissu dans son ensemble (re)constitué. Autant le choix d'une solution plutôt qu'une autre dépend d'une décision, autant le repérage de la solution dépend de l'esprit critique du lecteur de l'arrêt. Dans l'un et l'autre cas, ce qui peut être mis en évidence est l'existence d'un choix. On croit souvent que la politique s'arrête à l'adoption des lois. En réalité, elle se poursuit dans leur application quotidienne, banale, aux épisodes les plus courants de la vie sociale; j'ai appelé cette dimension la micropolitique du droit, dans la définition de la politique comme autonomie de décision de la puissance publique<sup>28</sup>. Et elle existe aussi bien comme pouvoir chez le juge que comme affirmation d'une autre rationalité possible chez le critique.

Du point de vue du droit comme articulation entre deux modes d'impérativité, il faut et il suffit que la couture soit bien faite – et cela même si on avait pu la faire autrement, ou ailleurs. Mais ce « bien fait » peut s'entendre de deux manières. Ou bien cela signifie que l'argumentation rencontre l'adhésion d'une majorité de lecteurs (non pas forcément celle des parties !); ou bien cela signifie que l'on se trouve en présence d'un jugement de dernière instance. On retrouve donc l'oscillation entre les deux types d'impérativité. La critique, quant à elle, se situe dans le premier type, où elle tendra à convaincre de la nécessité d'un revirement ultérieur de jurisprudence, dès que l'occasion s'en présentera; elle est exclue dans le second, le jugement étant dit définitif et exécutoire.

**4.2.5.** Signalons en passant une ligne de développement transversale, que nous ne suivrons pas ici. Cette couture en permet une autre: celle, en termes de sémiotique, de la norme individuelle et de l'histoire, comme celle d'un signifiant et d'un signifié. Il y a, semblablement, un arbitraire (l'impérativité institutionnelle), mais limité cependant par cette exigence de rencontre avec la rationalité que permet

<sup>28</sup> P. Moor, *op. cit.*, pp. 52 ss, et, sur la définition de la politique (reprise de Cornélius Castoriadis), p. 227.

l'impérativité épistémique et qui, constituant des chaînes syntagmatiques *a priori*, fait du signe une entité préformée, du moins dans une certaine mesure.

**4.2.6.** Si je file la métaphore de la couture, je dirais que les deux pièces à assembler n'ont pas la même importance. La façon du premier tissu s'impose à celle du second : le couturier doit couper celui-ci selon les mesures de celui-là.

Dans l'établissement de la rationalité *a posteriori*, le juge est donc limité au schéma argumentatif de la norme individuelle à laquelle il a abouti. Il peut certes, s'il en est insatisfait, examiner s'il peut le modifier ; il est alors limité par le schéma argumentatif de la norme précédente<sup>29</sup>. Il jouit bien en conséquence d'une certaine liberté, mais dans un cadre plus ou moins restreint

Ce cadre se définit comme la densité normative des textes de référence. Malgré l'emprunt du terme à la chimie, le concept n'est pas quantifiable. Les notions du schéma normatif se décrivent par des paramètres repérables dans l'histoire. Il n'y a parfois qu'un paramètre, qui se retrouve ou non, permettant une réponse binaire simple. La notion est alors déterminée, et, par conséquent, aucune place n'est laissée à une quelconque liberté. Nous mentionnerons le cas des données chiffrées (« aucune construction n'est permise à moins de 30 m de la lisière de la forêt ») et celui des situations juridiquement stabilisées (nationalité, état civil). Mais la plupart des notions sont indéterminées<sup>30</sup>. Composées de plusieurs paramètres, qui se concrétisent différemment suivant les situations factuelles, elles nécessitent une pondération d'ensemble dont le résultat dépend non seulement de la réalisation de chacun des paramètres, mais de leur poids respectif. Plus l'indétermination est forte, plus le travail exigé pour l'établissement des faits et pour la production de la norme individuelle est important.

En règle générale, plus la norme vise à prendre en compte l'individualité du cas, plus elle est contrainte d'utiliser des notions indéterminées. Plus elle a dans son champ d'application des situations hétérogènes dont elle entend respecter l'hétérogénéité, plus elle doit mettre à disposition des ensembles de paramètres en quelque sorte à géométrie variable selon les particularités du cas. L'identité des paramètres permet une appréhension identique de chaque cas ; l'indétermination *a priori* de leurs rapports réciproques en permet, elle, une appréciation différentielle, laquelle donne précisément lieu à la démarche rétrograde à partir de l'individualité des situations (idiosyncrasie). La notion d'« endroit inaccessible » en est déjà un exemple illustratif.

On constate que, souvent, les règles les plus importantes sont constituées de notions indéterminées, ce qui n'a rien de paradoxal : en effet, plus une règle est importante, plus, en général, son champ d'application est vaste. Les exemples les plus illustratifs sont les clauses générales, soit des règles qui, en fonction d'une

<sup>29</sup> Il ne peut modifier le schéma d'une norme qu'en respectant le schéma normatif de la norme précédente (dans son raisonnement) ou supérieure (si les deux normes à mettre en rapport sont dans une relation de hiérarchie) ; il peut ainsi remonter dans la chaîne hiérarchique de la pyramide des normes jusqu'à la norme à l'égard de laquelle il n'a pas de compétence de contrôle (ainsi jusqu'aux lois parlementaires, s'il n'y a pas de contrôle judiciaire de leur constitutionnalité ; ou bien, si ce contrôle est centralisé, il doit se saisir de la question la cour suprême, seule compétente).

<sup>30</sup> Sur ce concept (élaboré par la doctrine publiciste allemande), P. Moor, *op. cit.*, pp. 64 ss.

valeur et à raison de la configuration exceptionnelle d'un cas, permettent de décider une solution qui déroge à la loi. Il en va ainsi de la clause de la bonne foi, qui peut être appliquée à tout rapport juridique quelconque, et qui est à peu près impossible à définir<sup>31</sup>. Les garanties fondamentales sont d'autres exemples. Tel est le cas du principe d'égalité de traitement, parce que lui aussi vise n'importe quel acte ou activité de puissance publique, y compris le législateur<sup>32</sup>. Etant donné l'indétermination du champ d'application, la mise en œuvre ne peut être normativement conditionnée par la schématisation de configurations de situations factuelles.

Même les droits fondamentaux matériellement définis, tels que la liberté personnelle, la liberté d'expression, la liberté économique, etc., donnent lieu à une indétermination : non pas tant dans leur champ d'application<sup>33</sup> que dans la délimitation des conditions posées à l'admissibilité des restrictions qui peuvent leur être apportées. En règle générale, en effet, les textes constitutionnels se bornent à dire, sous l'angle matériel, que celles-ci doivent être motivées par un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité ; l'indétermination se trouve donc du côté des limites.

J'ai cité l'intérêt public. La législation donne de plus en plus à l'action étatique des finalités sous forme d'intérêts publics spécifiques : protection du paysage, développement économique, diminution de la pollution, etc. Il s'agit d'orienter l'action publique là où la loi ne peut schématiser des catégories de situations factuelles déterminant les conditions de cette action et où, par conséquent, l'autorité jouit sous cet angle d'une grande liberté.

**4.2.7.** Le droit n'a pas thématiquement différencié les notions de valeur, de finalité, d'objectif, et même d'intérêt. Le plus souvent, on parle de principes, en entendant par là des normes qui, sur le plan abstrait, peuvent coexister alors même que, dans les situations concrètes, elles peuvent se contredire<sup>34</sup>. En ce sens, par exemple, liberté individuelle et intérêt public, ou protection du paysage et développement économique sont des valeurs que le droit consacre en tant que principes. En situation de conflit, leur concrétisation exige donc des balances – dites balances ou pesées des intérêts. Ces opérations sont de plus en plus fréquentes, dans la mesure où les interventions publiques, visant la réalisation efficace d'un intérêt, impliquent la prise en compte effective des situations singulières, dont les configurations conditionnent la réussite de l'action.

Cependant, malgré leur importance croissante, leur rationalisation juridique constitue un problème que la doctrine considère comme non résolu. Et, vraisemblablement, il ne le sera pas tant qu'il sera abordé dans la perspective d'une rationalisation *a priori*, puisque, dans la plupart des cas, le résultat concret a une perti-

<sup>31</sup> En vertu de ce principe, personne ne saurait tirer un avantage de la fausseté des déclarations qu'il a faites ou de l'inexactitude des comportements qu'il a eus antérieurement ; l'exercice d'un droit, dans de telles situations, n'est pas protégé.

<sup>32</sup> Voir l'analyse, sous cet angle, du principe et de son évolution, à travers quelques cas, P. Moor, *op. cit.*, pp. 116 ss.

<sup>33</sup> Encore que, pour la liberté personnelle, il soit en constante expansion.

<sup>34</sup> Cette définition est celle de Ronald Dworkin.

nence codéterminante. La pratique judiciaire s'oriente, elle, vers un contrôle de nature méthodologique : elle vérifie que l'autorité a pris en compte toutes les valeurs pertinentes, a réuni toutes les données de fait nécessaires à leur pondération exhaustive et globale et a procédé à la pesée finale de manière raisonnable. On se trouve pleinement dans une rationalité *a posteriori*.

## 5. ÉVALUATION DE L'ÉVALUATION

### 5.1. Les limites de l'évaluation juridique

**5.1.1.** L'analyse du moment critique du choix est le point épineux. Elle concerne chaque étape dans laquelle il y a équivalence de rationalités *a priori*. Et ces étapes sont nombreuses : elles se situent à chacun des points de l'argumentation où l'on se trouve en situation herméneutique, parce que le décodage d'un texte dans le cas particulier donne des résultats équivoques. Il n'y a donc pas seulement l'impérativité institutionnelle du dernier moment de la démarche judiciaire – celui qu'on appelle couramment l'application du droit à la situation factuelle – telle que nous l'avons présentée. Il y a également les différents épisodes du passage d'une norme générale à la norme individuelle – opération dite de l'interprétation. De plus, le juge n'est pas le seul à affronter des situations herméneutiques. Le législateur y est aussi confronté : l'auteur d'un règlement dans l'examen de sa conformité à des textes normatifs supérieurs, l'auteur d'une loi dans celui de sa conformité à la constitution et au droit international.

Certes, il peut arriver que, par le passé, la même situation herméneutique ait déjà été tranchée. Le droit connaît ici une valeur qui lui est sans doute spécifique, qui est celle de la continuité – et je dis bien valeur, et non pas inertie. Comme il y a une hiérarchie synchronique, qui distingue entre différents niveaux de textes normatifs pour éliminer les contradictions éventuelles, on pourrait dire qu'il y a une hiérarchie diachronique du passé – de la tradition – sur le présent ; elle aussi tend à éliminer l'aléatoire dans la successivité des cas d'application. On connaît le système des précédents dans la *common law* ; mais en droit continental aussi ce qu'on appelle des revirements de jurisprudence ne sont admis qu'en présence de motifs spécialement justifiés.

De toute manière, cette exigence de continuité ne résout pas le problème. Tout d'abord, il subsiste évidemment pour la première décision, celle qui est au départ de la série. Ensuite, il faut établir l'identité de configuration entre les cas déjà jugés et la décision à prendre, ce qui pose cette dernière en situation herméneutique face aux précédents.

**5.1.2.** En cas de rationalité *a priori* bifurquée, l'évaluation de la conformité de la solution choisie aux normes juridiques est évidemment limitée à ce que permet la détermination des textes de référence. En ce sens, en présence de notions indéterminées, le juge exerce avec retenue son pouvoir de contrôle sur leur application par l'administration, lorsque, de par sa position institutionnelle, il considère qu'il ne peut pas assumer la responsabilité entière de l'application ; il en va ainsi par exemple, dit-il, lorsque sont en cause des planifications qui impliquent des options politiques, ou des décisions dont le sens dépend d'un régime d'ensemble



qui, en tant que tel, échappe à sa connaissance, ou encore des faits dont la technicité dépasse son champ d'expertise.

Mais avant même tout contrôle se pose la question des raisons du choix, préalable à celle de l'évaluation de la rationalité de l'argumentation qui le justifie.

Dans les termes utilisés par Pierre Livet dans son texte introductif, il s'agit de l'analyse des motivations. Une fois quitté le domaine des enchaînements normatifs, on pénètre en effet dans le monde qu'il appelle « désenchanté », dans lequel toutes les valeurs sont mises à plat, n'étant plus soutenues par leur « sacralisation » dans l'ordre juridique. Ou plutôt leur hiérarchisation va dépendre du seul regard de celui qui évalue. Les motivations que ce regard décèlera vont pouvoir être de toutes natures. Certaines seront strictement relatives à la personne du juge. On pourra dire qu'il a tel trait de caractère, qu'il affiche telles opinions politiques, et même simplement que, le jour du jugement, il était de mauvaise humeur<sup>35</sup>. Les avocats connaissent les juges et ne sont pas avares de ce genre de commentaires ; ils y adaptent leur tactique. Mais ce n'est là guère intéressant sur le plan de l'institution. A ce niveau-ci peuvent intervenir des études de psychosociologie judiciaire ; on y analysera l'idéologie dominante de la magistrature, par un décodage des valeurs implicites dans les argumentations ou à partir de la provenance sociale des juges, des *Weltanschauungen* – des systèmes de valeurs – qui sont à l'œuvre dans la jurisprudence, etc. On peut ainsi, de manière plus ou moins simpliste, découvrir des « causes » et des « exceptions » (par exemple les « petits juges » pénaux qui se sont attaqués aux malhonnêtetés des puissants de ce monde).

## 5.2. Retour à l'articulation des impérativités

**5.2.1.** Même si les juristes en sont parfois curieux et qu'on en tient compte pour modifier telle ou telle règle, le système juridique en tant que tel, dans la structure de son fonctionnement, n'est pas intéressé par ces analyses. En quelque sorte, il considère comme naturel que ces « causalités » extrajuridiques existent, non seulement parce qu'il est impossible que les fonctions ne soient pas exercées par des hommes, et parce que, même si cela était possible, cela ne serait pas souhaitable. Il y a eu des tentatives de formalisation mathématique du droit : elles n'ont guère eu d'écho chez les juristes. Peut-être que, pour partie, cette non-réception est due à leur impéritie dans le monde des formules, voire au motif encore moins honorable de la crainte de perdre leur travail : on peut les quereller sur ces motivations. Mais il y en a une plus profonde : ce qui se gagnerait, à savoir l'élimination des causes extrajuridiques (et encore n'est-ce pas certain), ne compenserait pas ce que l'on perdrait : précisément l'indétermination des notions juridiques, en ce qu'elle seule permet, au moins dans une certaine mesure, l'adéquation de la concrétisation des valeurs aux caractéristiques des cas singuliers.

---

<sup>35</sup> Racontons une plaisanterie, bien qu'elle ne soit pas des meilleures. Un justiciable expose son affaire à un avocat, qui observe qu'il a peu de chance de gagner son procès. « Ne serait-il pas possible de corrompre le juge ? », lui demande le client. Mais l'homme de loi l'en dissuade : « Non, surtout pas ! Si vous tentez de le faire, vous perdrez même le peu de chance qui vous reste ! ». Le client décide quand même d'agir en justice et, à la grande surprise de l'avocat, gagne. « C'est que j'ai envoyé un cadeau au juge », dit le client. Profonde désillusion de l'avocat : « Moi qui croyais que c'était le plus intègre des magistrats ! ». « Mais, lui dit le client, je l'ai envoyé au nom de la partie adverse ! ».



**5.2.2.** Dès lors qu'on admet cette indétermination, il y a une raison plus fondamentale encore : l'impossibilité de faire le partage entre ce qui peut être ramené à une valeur consacrée et ce qui ne peut pas l'être et l'impossibilité corrélatrice d'opérer les pondérations et les balances d'intérêts sans recourir à des valeurs. La métaphore de la pesée est trompeuse, car elle donne à penser que le problème des valeurs est correctement posé lorsqu'on arrive à les mettre chacune dans son plateau : mais on oublie que la balance elle-même ne peut être construite sans qu'on soit d'accord sur l'unité de mesure. Or c'est précisément ce qui fait défaut. Ce « défaut » est toutefois en même temps la valeur des valeurs : elles peuvent ainsi remplir leur fonction en tant que lieux communs, *topoi*, et former l'instrumentarium d'une argumentation unifiée dans son évaluation de tout concret par une identité des moyens d'appréhension qui, par le défaut de mesure *a priori*, en respecte les idiosyncrasies.

Les idéologies, les *Weltanschauungen*, les moralités, les savoirs de sens commun, les tempéraments pénètrent donc nécessairement toute argumentation juridique – et même d'ailleurs toute théorie du droit, y compris celle qui est exposée ici ; on a vu aussi qu'ils étaient à l'œuvre également dans l'établissement judiciaire des faits. L'unité de mesure des valeurs est dans le regard de celui qui mesure – il donne la valeur –, et non pas dans les choses – qui la reçoivent. Le système juridique l'assume : la fonction même de l'impérativité institutionnelle est de faire d'un homme restant homme une fonction, et d'effacer la dualité réelle de l'unité fictive ainsi créée.

**5.2.3.** Mais, du moins, lorsque et dans la mesure où elle est réalisée, l'articulation avec l'impérativité épistémique autorise cet effacement, puisqu'elle introduit des textes liant les argumentations. Tout dépend alors, comme on l'a vu, de la densité normative de ces textes.

En dépend, en particulier, l'efficacité des institutions de contrôle, qui sont elles aussi liées par l'impérativité des mêmes textes. L'évaluation interne de la conformité en est renforcée, les schémas normatifs appliqués devant être identiques<sup>36</sup>. La publicité prend tout son sens, puisqu'une critique peut s'exercer dans un consensus autour des références communes.

Le droit d'être entendu doit aussi être évoqué. Il ne s'agit pas seulement de la protection des droits de la personne. Ou plutôt cette protection est assurée par la participation active aux procédures de décision – droit d'alléguer des faits, de fournir des preuves, de présenter une argumentation juridique – droit qui s'accompagne de son corrélat, l'obligation qu'a l'autorité de répondre. Ainsi se justifie ce qu'on appelle la nature formelle de ce droit : sa violation est sanctionnée sans que la partie lésée ait à prouver que, sans la violation, la décision eût été différente. La garantie est donc aussi de portée institutionnelle.

Mentionnons encore le droit à l'assistance d'un avocat, prise à charge par l'Etat pour les plus démunis<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Sous réserve des cas où le juge de recours restreint l'étendue de son contrôle ; cf. plus haut, ch. 5.1.2, *in initio*.

<sup>37</sup> Droit à l'assistance judiciaire gratuite.

Il n'en reste pas moins un noyau irréductible de liberté dans l'application des schémas normatifs, qui constitue la dimension que j'ai appelée micropolitique du droit. Le juge a un pouvoir normatif de par sa fonction même. Certes, elle est limitée; mais elle est aussi légitimée par sa place dans l'organisation institutionnelle que le système juridique installe.

**5.2.4.** On peut esquisser un résumé de ce qui précède en distinguant quatre types d'évaluation du fonctionnement du système juridique, sans se dissimuler qu'il s'agit de différencier des points de vue et que, par conséquent, étant donné la confusion des valeurs, une même critique peut se faire à un titre ou à un autre.

Il y a une évaluation interne d'ordre épistémique qui peut se faire: la critique du chemin argumentatif parcouru, dont on peut invoquer qu'il est incomplet (il manque des éléments du corpus normatif dans le schéma retenu – voir l'exemple de la fillette musulmane<sup>38</sup> —, ou des faits dont le schéma normatif aurait impliqué qu'ils soient pris en compte – voir l'exemple de la profession de pharmacien). Elle est interne en ce qu'elle porte sur l'utilisation faite des programmes normatifs à disposition.

Il y a une évaluation externe qui porte sur le contenu du programme normatif, qui paraît insuffisant pour régler tel ou tel type de conflits. Elle est externe puisqu'elle tend à modifier le programme normatif, donc l'ordre juridique existant. Elle vise autant l'impérativité épistémique (il faudrait d'autres règles de rationalité) que l'impérativité institutionnelle (l'institution devrait décider d'autres lois).

Il y a une évaluation interne de l'impérativité institutionnelle, par rapport aux programmes normatifs qui visent l'institution en elle-même. Par exemple, le juge, étant intéressé, aurait dû se récuser.

Il y a enfin une évaluation externe de l'institution, dans les valeurs et intérêts qu'elle poursuit en tant qu'appareil de décision et qu'elle peut atteindre parce qu'elle est un appareil de décision: analyse des processus de psychologie judiciaire, des processus socio-économiques de recrutement, des processus de lobbying, etc.

**5.2.5.** Pour en revenir à la thématique de l'évaluation en général, il existe donc des spécificités des processus juridiques d'évaluation. Je les reprends dans une énumération rapide: un consensus sur la consistance des programmes normatifs, y compris sur les règles qui permettent de les modifier; une certaine liberté dans l'élaboration des schémas normatifs qui en sont tirés, dont l'application inclut une rationalité *a posteriori*; l'institution de processus internes de contrôle, aussi bien institutionnels (les voies de recours, le droit d'être entendu) qu'informels (la critique doctrinale); la possibilité d'analyses externes, garantie par les libertés politiques et la liberté d'expression, pouvant inciter à modifier les programmes.

Il existe beaucoup de processus d'évaluation non juridiques. Est-il possible, ou est-il souhaitable de tenter de les soumettre à un régime analogue? J'hésite à répondre – et, heureusement, je ne m'y vois pas contraint. Avant de «juridiciser», comme on dit, il faut savoir si le domaine s'y prête. Un aspect déterminant est celui de l'accessibilité du domaine considéré à une appréhension par des textes

<sup>38</sup> Cité ci-dessus ch. 4.2.3.

normatifs d'une densité normative suffisante pour qu'ils puissent être utiles; la rédaction de vagues chartes ou de listes de valeurs ou d'objectifs n'atteint pas ce niveau. Un autre point est celui de l'institution, dont l'impérativité des procédures crée le consensus sur la consistance des textes de référence. Enfin, un ensemble de règles adéquates doit assurer l'effectivité du système. Ces trois aspects sont liés: ils constituent dans leur articulation la structure propre du système juridique à l'intérieur du système politique.

Mais, je le dis en conclusion, le tout présuppose la reconnaissance de la dimension politique et du domaine et de sa gestion.

*Université de Lausanne*